

Trabajo Fin de Grado

EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA NUEVA LEY 19/2013 DE TRANSPARENCIA

Autora

Ana Aguilar Rubio

Directora

Elisa Moreu Carbonell

Facultad / Escuela

Año

Facultad de Derecho

2015

ÍNDICE

Lista de abreviaturas.....	2
Introducción.....	3
I. Naturaleza del derecho de acceso a la información pública.....	3
II. Sujetos, contenido y límites del derecho de acceso a la información pública.....	9
1. Sujetos.....	9
2. Contenido.....	10
2.1. Documentos.....	11
2.2. Contenidos.....	12
3. Límites.....	12
III. Procedimiento de acceso a la información pública.....	19
1. Solicitud.....	19
2. Tramitación.....	25
3. Resolución.....	26
IV. Impugnación de la resolución.....	29
VI. Conclusiones.....	32

Anexo. Tabla comparativa entre la regulación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno respecto al derecho de acceso.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
CE	Constitución Española de 1978
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LPHE	Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LTBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio es la nueva regulación del derecho de acceso a la información pública introducida por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Hasta esta ley el derecho estaba regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, básicamente en su artículo 37.

La ley, sin interpretación jurisprudencial todavía por ser tan reciente, presenta conceptos jurídicos respecto al derecho de acceso que merecen ser objeto de examen por diferir de la legislación anterior. Desde esta perspectiva, resulta interesante atender a los matices sobre la publicidad pasiva, uno de los elementos esenciales de la transparencia, para ver si la ley logra una nueva configuración del derecho como verdadero instrumento para la ciudadanía de obtención de la información necesaria para participar adecuadamente en la vida democrática.

El análisis se va a centrar en las novedades que incorpora la ley de transparencia en cuanto a los sujetos, contenido y límites del derecho, al procedimiento de ejercicio del mismo, y a la impugnación de las resoluciones que se elaboren para concederlo o denegarlo. Como anexo, se presenta una tabla comparativa de estas novedades respecto a la regulación anterior.

I. NATURALEZA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

La LTBG ha reconocido el derecho de acceso como un derecho de configuración legal, cuyo fundamento es el art.105.b) CE. Este aspecto fue debatido en la tramitación parlamentaria de la ley. Algunas enmiendas pretendían la modificación del articulado para que incluyese la mención “derecho fundamental”¹, lo que no fue recogido finalmente en el texto aprobado.

Anteriormente a la promulgación de la LTBG, la jurisprudencia, aunque no reconocía que fuera un derecho fundamental, sí que vinculaba el acceso a la

¹ Enmienda número 15 del Grupo Mixto, 208 del Grupo Parlamentario Izquierda Plural en el Congreso, o enmienda número 23 del Grupo Mixto en el Senado.

información con los derechos de los arts.20.1.d y 23.1 CE². No obstante, especial atención requiere la STS de 29 de mayo de 2012 que dispone que a efectos puramente argumentativos los arts.20.1.d y 23.1 CE engloban el derecho a obtener información de los poderes públicos, pero es “algo que dista de ser evidente”. Se observa entonces que esta cuestión no está resuelta en la jurisprudencia.

La STC 161/1988, de 20 de septiembre, indica expresamente que el art.105.b) CE no ha sido erigido por la CE como un derecho fundamental. Coincidiendo con lo señalado por ROLLNERT³, si atendemos a lo que dice la sentencia lo que se extrae de la misma es que el art.105.b) CE al no ser un derecho fundamental no es susceptible de recurso de amparo, lo cual es obvio jurídicamente, pero no hace mención a si el derecho de acceso puede incorporarse o no en el contenido del art.20.1.d CE.

Las opiniones sobre la naturaleza del derecho de acceso a la información pública son dispares. Hay autores como GUICHOT⁴ que entienden que este derecho se podría incardinar en el derecho a la libertad de información del art.20.1.d CE, que indica que “se reconocen y protegen los derechos: d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. E incluso relacionan el contenido del derecho de acceso con el derecho a la participación en los asuntos públicos (art.23 CE), porque para llevar a cabo una eficaz participación la ciudadanía debe estar informada.

En este sentido se han pronunciado también SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA⁵, BLANES CLIMENT⁶, REY MARTÍNEZ⁷, PIÑAR MAÑAS⁸, el SÍNDIC DE GREUGES⁹ y RAMS RAMOS¹⁰.

² STS, Sala 3ª, Sección 6ª, de 30 de marzo de 1999: “el artículo 105.b) de la Constitución [...] remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva”. Así también la STS, Sala 3ª, Sección 7ª, de 19 de mayo de 2003.

³ ROLLNERT LIERN, G., «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia», en *Archivos UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, nº.34,2014, p.352

⁴ (Coordinador) “Transparencia: aspectos generales” en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p.43

⁵ Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 12 de febrero de 2013, nº.254. SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA,. “Entro ahora a intentar convencerles de que el derecho de acceso a la información pública es un derecho fundamental. En primer lugar, porque el artículo 105 b) no es un anclaje suficiente para este proyecto de ley. En principio por los sujetos, puesto que como ya saben ustedes ese artículo se encuentra dentro del Título IV, referido al Gobierno y a la Administración Pública, y los sujetos que figuran en el artículo 2 del proyecto exceden al Gobierno y a la Administración Pública.

Quienes defienden esta postura siguen dos vías. La primera, señalando que se reconoce como derecho fundamental en una serie de normas internacionales. Un ejemplo es el art.19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este artículo dispone que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, comprendiendo el derecho de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Ahora bien, la Declaración Universal de Derechos Humanos no tiene fuerza jurídica, sino solo moral.

Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que sí es jurídicamente vinculante, señala igualmente en el art.19.2 que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones.

En el ámbito del Consejo de Europa, el preámbulo del Convenio sobre el Acceso a los Documentos Públicos considera que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos proporciona una fuente de información¹¹. Si bien es cierto que ha

En segundo lugar, por el objeto, puesto que el artículo 105 b) se refiere a archivos y registros, y como muy bien ha dicho el profesor Guichot, el proyecto va más allá, va hasta la información. En tercer lugar, por las garantías que ofrece. Si hablamos de un derecho que está anclado en el artículo 105 b) nos encontraríamos con que es un derecho que está fuera de la protección del artículo 53 de nuestra Constitución. Por lo tanto no gozaría de la protección de un desarrollo mediante ley orgánica, mediante un procedimiento preferente y sumario ante los órganos judiciales ordinarios, y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En cuarto lugar, porque el derecho configurado así sería un derecho disminuido frente a otros derechos fundamentales. Por último, porque considero que por política legislativa debería establecerse una norma que aúne y dé sentido a todas las normas sobre transparencia y acceso a la información pública que existen en nuestro país. Eso se puede lograr mediante una ley orgánica que desarrolle un derecho fundamental”

⁶BLANES CLIMENT, M.A., (2014). *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, p.150

⁷REY MARTÍNEZ, F., «Quod omnes tangit ab omnibus cognitum esse debet: El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014, p.17.

⁸PIÑAR MAÑAS, J.L., «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *Revista Catalana de Dret Públic*, nº.49, 2014, p.7.

⁹SÍNDIC DE GREUGES., “el derecho de acceso a la información pública”, Informe extraordinario, marzo, 2012

¹⁰RAMS RAMOS, L., «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº160, 2013, pp.155-188

¹¹“Considerando la importancia de la transparencia de autoridades públicas en una sociedad democrática y pluralista; Considerando que el ejercicio del derecho de acceso a los documentos públicos: i) proporciona una fuente de información para el público; ii) ayuda al público a formarse una opinión sobre

sido firmado por 14 países, solo ha sido ratificado por 6 (entre los cuales no se encuentra España) y por lo tanto aún no ha entrado en vigor según el art.16.3¹² del mismo texto legal.

Destaca en la Unión Europea el art.42 de la Carta de Derechos Fundamentales de Niza del año 2000, que establece el derecho de todo ciudadano de la Unión o de toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Y la Carta, según el art.6 del Tratado de la Unión Europea, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Es, por tanto, un derecho fundamental.

La segunda vía para justificar esta posible naturaleza fundamental del derecho es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal, amparándose en el art.10.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos (el cual reconoce el derecho de toda persona a la libertad de recibir o de comunicar información), ha considerado el derecho de acceso dentro del derecho a la libertad de información en sentencias tales como el caso *Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría* de 14 de abril de 2009¹³, *Kenedi c. Hungría* de 26 de mayo de 2009¹⁴, y Sentencia *Youth Initiative for Human Rights v. Serbia* de 25 de junio de 2013¹⁵

Quienes incardinan el derecho de acceso en la libertad de información defienden que esta jurisprudencia es aplicable gracias al art.10.2 CE que exige que las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En consecuencia, si el Tribunal de Estrasburgo interpreta el derecho de acceso a la

el estado de la sociedad y sobre las autoridades públicas; iii) fomenta la integridad, la eficacia, la eficiencia y la responsabilidad de autoridades públicas, ayudando así a que se afirme su legitimidad”

¹²Artículo 16.3: “Este Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la conclusión de un período de tres meses después de la fecha en la cual 10 Estados miembros del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento de asumir el deber de cumplimiento del Convenio de acuerdo con las previsiones del párrafo 2”

¹³“El tribunal ha avanzado hacia una interpretación amplia de la noción de “libertad de recibir información” hasta reconocer de este modo un derecho de acceso a la información” (§35)

¹⁴“El acceso a las fuentes documentales originales para la investigación histórica legítima era un elemento esencial del ejercicio del derecho de la demandante a la libertad de recibir información” (§43)

¹⁵“El tribunal afirma que la noción de “libertad de recibir información” acoge el derecho de acceso a la información” (§20)

información como elemento del derecho de la libertad de información del art.10.1 del Convenio Europeo de Derechos humanos, en España sería aplicable esta doctrina.

Sin embargo, hay opiniones que discrepan de esta naturaleza *iusfundamental* del derecho como son las de PENDÁS¹⁶, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁷ o BLASCO¹⁸.

Los principales argumentos que esgrimen quienes defienden esta postura es que obviamente el art.105 CE no se encuentra en la sección 1ª, del Capítulo II, del Título I de la CE y también la imposibilidad del legislador de crear derechos fundamentales. En respuesta a este último argumento, REY MARTÍNEZ señala que el legislador no puede reconocerlos *ex novo*, pero sí en relación con otros derechos fundamentales expresos¹⁹ como ha ocurrido con el derecho a la protección de datos a partir del derecho a la intimidad. Y, en este caso, el derecho de acceso podría entenderse implícito en el derecho a ser informado del art.20.1.d CE y se podría considerar instrumental al de participar en los asuntos públicos del art.23.1 CE.

Otros autores contraargumentan que el legislador no puede crearlos pero, como se ha visto anteriormente, los ya existentes, se deben interpretar según los tratados y convenios internacionales. Por tanto, sin crear un derecho nuevo, se interpretaría el derecho de acceso, como en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dentro del derecho a la libertad de información²⁰.

¹⁶Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 17 de abril de 2013, nº.301, p.4. PENDÁS GARCÍA, B: “Segundo tema, estamos o no en presencia de un derecho fundamental. Mi respuesta contundente, con todo respeto para las opiniones contrarias, es que no. Los derechos fundamentales son los que son y están en el título primero de la Constitución. La creatividad jurídica tiene sus límites. He leído algunas intervenciones en esta sala en las que se habla de salto con pértiga. Uno puede construir y reconstruir y extraer un derecho fundamental de cualquier sitio, pero no es una buena técnica”

¹⁷ Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 12 de febrero de 2013, nº.254, p.43. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R: “En cuanto al derecho fundamental que ha planteado el señor Olabarria y también el portavoz del Partido Popular en este momento, estoy absolutamente en contra de reconocer a este derecho de información pública la condición de derecho fundamental. No me voy a extender demasiado. Cuando empezaron los estatutos de autonomía de la tercera hornada a incluir una tabla de derechos, inventando nuevos derechos fundamentales, yo escribí una cosa en el libro-homenaje a un compañero mío, Lorenzo Martín-Retortillo, que se llamaba, Demasiados derechos. Estoy hasta el pelo y más arriba de derechos. Todo el mundo se le llena la boca diciendo derechos y nadie hace lo que tiene que hacer. De derechos fundamentales, con los que tenemos, sobra. Me parece, es mi opinión, que tenemos bastante con lo que tenemos”

¹⁸ BLASCO DÍAZ, J.L., «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa» en *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, García Macho, Ricardo (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010, p.143

¹⁹ REY MARTÍNEZ, F. «Quod...» *cit.*, p.12

²⁰ RAMS RAMOS, L., «El sentido...» *cit.*, p.29

También se aduce, en contestación, que no hay que desconocer que los derechos no son estáticos, sino dinámicos, y deben adaptarse a la realidad social en la que se contextualizan (como ha ocurrido con el derecho a la protección de datos) y hoy día es indudable que vivimos en la sociedad de la información²¹.

Por mi parte, comparto la idea de que el derecho de acceso podría incardinarse en el derecho fundamental a la libertad de información del art.20 CE, atendiendo a los razonamientos expuestos y especialmente a la idea de que los derechos van evolucionando en respuesta a las exigencias sociales, y actualmente la sociedad demanda información que le permita una adecuada participación en la vida democrática, lo que se está denominando el derecho a saber (*right to know*)²².

Un punto en el que no hay discusión es que la transparencia (entre cuyos elementos esenciales se encuentra el derecho de acceso a la información pública del art.105 CE) es un principio de actuación de las Administraciones Públicas²³, como se establece en el art.3.5 LRJAP.

Tras estudiar el debate en cuanto a la naturaleza del derecho de acceso, si el contenido del mismo se considerara implícito en el derecho fundamental a la libertad de información, supondría una mayor protección para quienes los ejerciesen. La razón es que el art.53.2 CE²⁴ establece, en caso de tutela de derechos fundamentales, la posibilidad de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y un procedimiento sumario y preferente. Por su parte, el art.81 CE exigiría su desarrollo por Ley Orgánica, y su aprobación, modificación o derogación requeriría mayoría absoluta en el Congreso²⁵.

²¹SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., «El día después de la ley de transparencia» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014, p.10

²²PIÑAR MAÑAS, J.L., «Transparencia y...» *cit.*, p.6

²³BLASCO DÍAZ, J.L., «La transformación...» *cit.*, p.136

RAMS RAMOS, L., «El sentido...» *cit.*, p.13

²⁴2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30

²⁵1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas [...]. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Además, como señala MORETÓN, equipararía los intereses en caso de conflicto del acceso a la información y otros derechos constitucionales como la protección de datos. A día de hoy, sin embargo, el derecho a la intimidad, al ser un derecho fundamental, prevalece frente al derecho de acceso a la información, que es de configuración legal²⁶.

II. SUJETOS, CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. SUJETOS

Los sujetos de este derecho se pueden dividir en dos tipos. En primer lugar, el sujeto activo, es decir, quién tiene reconocido el derecho de acceso a la información pública. Según el art.12 LTBG son titulares todas las personas, tanto las físicas como las jurídicas.

En segundo lugar, el sujeto pasivo, es decir, quién está obligado a proporcionar esa información. En este aspecto, se observan distintos niveles en cuanto a los deberes de publicidad pasiva.

El art.2.1 LTBG recoge a las entidades sometidas a las mayores exigencias de transparencia. Entre ellas encontramos las que la ley en su art.2.2 denomina Administraciones Públicas²⁷ que están sujetas plenamente y otras que solo se someten al régimen de esta ley en lo que respecta a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo²⁸, dejando el resto de funciones al margen del derecho de acceso. También están sujetas completamente las asociaciones mercantiles con participación de

²⁶ MORETÓN TOQUERO, A., «Los límites del derecho de acceso a la información pública» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014, p.22

²⁷ La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla y las entidades que integran la Administración Local. Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social así como las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales colaboradoras de la Seguridad Social. Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas

²⁸ Las corporaciones de Derecho Público, la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas

alguna de las entidades anteriores superior al 50 por 100 y las fundaciones del sector público.

Los partidos políticos, organizaciones sindicales y organizaciones empresariales y entidades privadas que perciban subvenciones en una cantidad superior a la indicada en la ley no están sometidas a las obligaciones de publicidad pasiva, pero sí a las de la publicidad activa (art.3 LTBG).

Por último, el art.4 de la ley prevé que otras personas físicas y jurídicas (distintas de las indicadas en los arts.2 y 3) que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas estarán obligadas a suministrar la información necesaria a la Administración, organismo o entidad a las que se encuentren vinculadas, para que éstas puedan cumplir sus obligaciones en materia de publicidad pasiva. Se echa en falta respecto a estas personas una mayor concreción respecto al concepto “servicios públicos” porque éste es muy amplio, como ha hecho notar la doctrina²⁹ y el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2012³⁰.

2. CONTENIDO

Según el art.12 de la LTBG, el contenido del derecho de acceso es la información pública, la cual ex art.13 está compuesta por los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte (no queda duda entonces de que se incluyen los

²⁹ Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 17 de abril de 2013, nº.301, p.30. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “En relación con el ámbito subjetivo del proyecto también echo en falta en el artículo 3 una cierta precisión y una mayor restricción, porque el texto, que está seguramente pensado solo en relación con la publicidad activa, en el momento en que ese precepto al que se le aplican las normas sobre el derecho de acceso, supondría que el derecho de acceso termina siendo aplicable a un montón de personas indeterminadas, buena parte de ellas pertenecientes al sector privado. Porque el artículo se refiere —como sin duda saben sus señorías— a todas aquellas personas que desempeñan servicios públicos o que ostenta potestades públicas y estos son conceptos absolutamente genéricos. Con la ley en la mano, por ejemplo, podría pedirle a la Administración que me informe y al destinatario o titular de esa información que me la dé, por ejemplo, al taxista que me ha traído hasta aquí, cuales son los importes de la carrera de un determinado sujeto, porque el taxista desempeña un servicio público impropio, pero es un servicio público, aunque no se sabe muy bien qué es exactamente. Es un tema un tanto serio y merecería un detalle que no puedo darle ahora”

ARES GONZÁLEZ, V., «Los ámbitos...» *cit.*, p.18

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “Transparencia...” *cit.*, p.95

Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 17 de abril de 2013, nº.301. DESCALZO GONZÁLEZ, A., “Porque en una relación de servicio público habría que precisar si la noción de servicio público es subjetivo, es decir, servicio público en sentido subjetivo formal declarado servicio público o un servicio público material, aquellas que sean de interés general, y establecer alguna suerte de límite con el artículo 11”

³⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2012: “En particular y en línea con la primera observación realizada al apartado 1, debería aclararse en primer lugar el sentido o alcance que ha de darse al concepto de servicio público, dada la heterogénea variedad de actividades y supuestos que pueden quedar comprendidos dentro de esta expresión”

documentos electrónicos). Se ha superado el acceso al documento exclusivamente, previsto en la LRJAP.

Se exige que la información pública obre en poder de los sujetos sometidos al título I y haya sido elaborada o adquirida en el ejercicio de sus funciones, por lo que incluye a las personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas. Estas no están sometidas a la ley directamente sino que solo están obligadas a suministrar información (art.4 LTBG) pero su inclusión se debe, como dice FERNÁNDEZ RAMOS³¹, a que la “información que obre en poder de la Administración debe entenderse no solo en un sentido material, de detentación física, sino jurídico, al disponer de las facultades precisas para su obtención”.

2.1. DOCUMENTOS

La ley no define qué es un documento, sin embargo, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos en el art.1.2.b) indica que la expresión “documentos públicos” significa toda la información registrada [archivada] de cualquier forma, elaborada o recibida, y en posesión de las autoridades públicas. En la jurisprudencia penal se ha definido (según el art.26 Código Penal) como todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica³².

Encontramos una definición de documento histórico en la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, cuyo art.49 señala que es toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos.

La ley de transparencia no distingue entre archivos de oficina o de gestión y los históricos, como se preveía en el proyecto de Ley alineándose con el Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus

³¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso a la información en el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno» monografía en *Revista Aragonesa de Administración Pública* XIV, Zaragoza, 2013, p. 252

³² STS, Sala de lo penal, Sección 1ª, de 9 de abril de 2007, STS, Sala de lo penal, Sección 1ª, de 13 de septiembre de 2002.

Organismos Públicos y su régimen de acceso. Su art.9 define los archivos de oficina como los existentes en todos los órganos y unidades administrativas para la custodia de los documentos en fase de tramitación o sometidos a continua utilización y consulta administrativa.

El mantenimiento de esta distinción hubiese supuesto, como hace notar BARRERO³³, que el acceso a la información hubiese diferido según la Comunidad Autónoma porque no existe uniformidad en sus normativas respecto a la clasificación de los archivos, haciendo depender el derecho de este dato organizativo.

2.2. CONTENIDOS

Los “contenidos” serían la información necesitada, a fin de hacer posible el ejercicio del derecho, de un tratamiento de los datos (BARRERO, utilizando palabras de FERNÁNDEZ RAMOS³⁴). Es decir, serían los datos en poder de la autoridad pública pero que no se encuentran en un documento concreto sino que se deducen de varios documentos por lo que hay que reelaborar la información. Como explica BARRERO, la causa de inadmisión del art.18.1.c) LTBG para el caso de que fuera necesaria una acción previa de reelaboración no se hubiera previsto si no se permitiese el acceso en estos casos en que se tiene que confeccionar la información en función de lo extraído de varios documentos.

3. LÍMITES

El art.14 de la LTBG enumera una serie de límites que exceptúan el derecho de acceso. No estamos por tanto, ante una descripción negativa del derecho³⁵ por parte de la ley, sino que la regla general es el acceso y los límites son la excepción. Durante la tramitación parlamentaria se presentó una enmienda para la supresión del artículo que enumera los límites (enmienda 188 del Grupo Mixto en el Congreso) pero, como ha sostenido el Tribunal Constitucional, ningún derecho es absoluto, ni siquiera los

³³ BARRERO RODRÍGUEZ, C., «La Disposición Adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº158, 2013, p. 13

³⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.204

³⁵ MORETÓN TOQUERO, A., «Los límites...» *cit.*, p.18

fundamentales³⁶, y además la LTBG prevé el derecho de acceso como un derecho de configuración legal.

La seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores y la seguridad pública son los primeros que se recogen en el art.14 LTBG. Están expresados también en el art.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Los dos primeros ya se reconocen como límites en el art.105.b) CE. Por su parte, la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales establece también que la seguridad del Estado o los intereses de la colectividad nacional es un límite necesario para evitar que la publicidad conlleve un perjuicio para la causa pública. En términos globales, aunque estos límites son lógicos, son demasiados amplios y pueden ser utilizados como escudo al acceso de la información, especialmente las relaciones exteriores en un momento de globalización.

En cuanto a la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios, el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos solo hace referencia en el art.3.1.c) a la prevención, investigación y procesamiento de las actividades criminales y la investigación disciplinaria. El art.105.b) CE solo se refiere a la averiguación de los delitos. Por tanto, este límite está ampliando bastante el ámbito al incluir también los ilícitos administrativos, lo que podría llevar a preguntarse si puede encubrir las actuaciones negligentes de investigación de las Administraciones Públicas³⁷.

Los límites de igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control y los intereses económicos y comerciales están recogidos también en el art.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, al igual que la mención a la política económica y monetaria. Esta previsión de la política monetaria, en mi opinión, es irrelevante porque la competencia reside actualmente en la Unión Europea.

Apartándose del Convenio, la LTBG establece como límite el secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial, pero BLANES³⁸ basa el secreto comercial o

³⁶ STC 70/2009, de 23 de marzo de 2009, STC 198/2004, de 15 de noviembre de 2004, STC 173/1995, de 21 de noviembre de 1995

³⁷ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.239

³⁸ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.244

industrial en el artículo 38 CE. Siguiendo a FERNÁNDEZ RAMOS³⁹, la propiedad intelectual afecta al momento posterior al acceso de la información (cuando el solicitante la adquiere, porque no puede lucrarse divulgándola sin consentimiento del titular) pero no debería limitar el acceso a la misma ya que no se vulnera la propiedad intelectual simplemente conociéndola.

Los dos últimos límites previstos en la ley, que son la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente, también se señalan en el Convenio. En el primero se podrían subsumir las comunicaciones internas necesarias para decidir, las cuales también se excepcionan en el art.18.1.b LTBG, impidiendo al solicitante participar en el proceso de decisión. En mi opinión, este límite desnaturaliza el derecho porque conocer la información antes de que se resuelva un proceso permite intervenir en él, siendo menos útil la información una vez terminado.

El art.14.2 LTBG señala que la aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso. Según MORETÓN⁴⁰, la ley da pie a un “test de daños” antes de conceder o denegar el acceso, es decir, se debe comprobar el perjuicio que se puede provocar en el bien protegido por el límite. Como indica GUICHOT⁴¹ el límite no viene determinado por la materia, sino por el verdadero perjuicio a esos bienes jurídicos causado por la divulgación de la información.

Una vez que se conoce el daño que se puede producir si se accede a la información, hay que realizar un ejercicio de ponderación poniendo en un lado de la balanza el interés público de conceder la información y, en el otro, los intereses protegidos en el art.14. Comparto la opinión de FERNÁNDEZ RAMOS de que brilla por su ausencia la declaración de que los límites se tienen que interpretar de manera restrictiva⁴², lo que no es algo superfluo debido a que la propia Administración a la que se solicita la información es quien debe realizar la ponderación de los intereses concurrentes,

³⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.257

⁴⁰ MORETÓN TOQUERO, A., «Los límites...» *cit.*, p.14

⁴¹ (Coordinador) “Límites a la transparencia y el acceso a la información” en *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno: estudio de la ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, p.116

⁴² FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.254

oscureciéndose bastante la correcta valoración de los mismos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha indicado que las excepciones al derecho de acceso deben interpretarse de una forma estricta⁴³.

La previsión de acceso parcial a la información (art.16 LTBG), que supone una novedad en la regulación del acceso respecto a la LRJAP, resulta inherente a este ejercicio de ponderación. Si el resultado del mismo supone que cierta información no se ve afectada por alguno de los límites, ésta sí podrá concederse previa omisión de la información sujeta al límite, teniendo siempre presente la conservación del sentido de la información⁴⁴.

Como señala BLANES, el ejercicio de ponderación está íntimamente relacionado con la exigencia de motivación de la decisión de la autoridad competente de denegar la información⁴⁵, porque tendrá que explicar cómo ha ponderado los intereses para adoptar tal decisión. En estos términos se expresa también el art.5.6 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, y el art.9.3 de nuestra Carta Magna al establecer la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Además, se ha venido utilizando como filtro al acceso a la información el derecho a la protección de datos personales, el cual se recoge también como límite en el art.15 LTBG. El Convenio del Consejo de Europa de Acceso a los Documentos Públicos hace referencia a la intimidad de las personas y otros intereses legítimos (art.3.1.f) y el art.105.b) CE cita expresamente la intimidad de las personas.

Hay que diferenciar derecho a la protección de datos personales y derecho a la intimidad. La protección de datos tiene un objeto más extenso que la intimidad porque confiere al titular de los mismos la facultad de controlar el uso y destino de esos datos y de la vida privada y familiar, mientras que el derecho a la intimidad protege frente a la intromisión que se pueda producir en ese ámbito de la vida personal por parte de terceros, les impone un deber de abstención⁴⁶.

⁴³ STJUE asunto Consejo/Hautala, C-353/99: “Consiste en establecer a favor del público el acceso más completo posible a los documentos que posee el Consejo, por lo que toda excepción a ese derecho debe interpretarse y aplicarse en sentido estricto”

⁴⁴ MORETÓN TOQUERO, A., «Los límites...» *cit.*, p.14

⁴⁵ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.257

⁴⁶ STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000: “Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de

Esto lleva a preguntarse si estamos ante dos derechos autónomos pero con un núcleo común. La STC 254/1993, de 20 de julio, expresa que el derecho a la protección de datos es un derecho fundamental en sí mismo, reiterándose en otras sentencias⁴⁷.

Pero, ¿qué es un dato personal?. La definición que da la LOPD en el art.3.1.a) es amplísima: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Si el concepto de dato personal es tan amplio, se restringe en exceso el acceso a la información porque los documentos suelen incluir la identificación de las personas. Como hace notar BLANES, no todo dato que contiene el nombre de alguien es un dato personal⁴⁸.

La regulación del art.15 LTBG se basa en el régimen dispuesto en la LOPD. Es decir, para la divulgación de los datos especialmente protegidos que afecten a la ideología, afiliación sindical, religión y creencias se exige consentimiento expreso y por escrito del afectado. En los datos especialmente protegidos que hacen referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual o a los datos relativos a la comisión de infracciones se requiere, para poder ser recabados, cedidos y tratados, el consentimiento expreso del afectado o que esté amparado por una norma con rango de ley. Por ende, respecto a la comisión de infracciones, establece una reserva de ley, lo que supone una diferencia con la LOPD, que habla de normas reguladoras⁴⁹, incluyéndose por tanto los reglamentos.

facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos cuya concreta regulación debe establecer la Ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). [...] La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. [...] De ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada [...]”.

⁴⁷ SSTC 202/1999, de 8 de noviembre y 290/2000, de 30 de noviembre.

⁴⁸ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.233

⁴⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.261

En cuanto a los datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano, la LTBG prevé el acceso de forma general salvo que prevalezca el derecho a la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos.

Entre los datos especialmente protegidos y los meramente identificativos, existe un abanico de datos personales cuyo acceso requiere la previa ponderación del interés público de la divulgación de la información y los derechos del afectado según el art.15 de la LTBG. Para llevar a cabo esta ponderación, la ley establece una serie de criterios a tener en cuenta, algunos de los cuales pueden suscitar algunas dudas.

Por ejemplo, se debe atender al menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el art.57 LPHE. Este artículo permite el acceso a documentos que contengan datos personales sin consentimiento expreso de los afectados tras veinticinco años desde su muerte si la fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos. Esto puede dar lugar a que terceros accedan a información de personas que aún siguen vivas, teniendo en cuenta la longevidad española (FERNÁNDEZ RAMOS⁵⁰).

Como señala GUICHOT⁵¹, la adopción de la LTBG de estos plazos es un error. En primer lugar, el art.57 LPHE se refiere a datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen. Estos son los que la LTBG denomina datos especialmente protegidos y sin embargo, la LTBG utiliza estos plazos para ponderar cuando los datos no son especialmente protegidos. Añade este autor que el artículo 57 LPHE debe entenderse derogado porque se refiere a documentos históricos, y el ámbito de aplicación de la LTBG, como se ha comentado, incluye a todo tipo de información, sin distinción entre los archivos de oficina o gestión y los históricos.

Otro criterio de ponderación a esclarecer es la justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de

⁵⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.263

⁵¹ (Coordinador) “Límites a...”, *cit.*, p.137

investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos. En opinión del profesor GUICHOT⁵² se está introduciendo un trato diferente según la cualidad del solicitante y según los intereses particulares, desnaturalizando el derecho de acceso a la información pública. De aquí surge la pregunta sobre quién es considerado investigador, concepto que, según FERNÁNDEZ RAMOS, debe entenderse de modo muy amplio y funcional⁵³. En este caso, al no exigirse ningún tipo de acreditación de la condición de investigador podría darse el supuesto de vulneración de datos personales por el mero hecho de aducir interés histórico o científico. Si bien es cierto que el acceso sería a datos no especialmente protegidos, que son menos sensibles y por tanto no requieren consentimiento expreso del afectado, pero siguen siendo datos amparados por la LOPD.

No obstante, no será aplicable lo establecido en el art.15 si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación. La disociación, según el art.3.f) LOPD, es la operación en el tratamiento de datos personales que permita que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable. Como señalan GUICHOT⁵⁴ y TEJEDOR⁵⁵, cuando se disocian los datos ya no nos encontramos ante datos de carácter personal y por tanto, ya no se aplica la LOPD.

Finalmente, la LTBG no ha previsto un plazo para levantar los límites, lo que hubiese coadyuvado a conseguir una mayor seguridad jurídica⁵⁶. Respecto al derecho a la protección de datos no hay que olvidar que se reconoce solo a las personas físicas (art.1 LOPD), y por tanto, este derecho (y el límite que supone al derecho de acceso por el art.15 LTBG) se extingue con su fallecimiento, como ha indicado la AEPD en diversas ocasiones⁵⁷.

⁵² (Coordinador) “Límites a...” , *cit.*, p.139

⁵³ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.265

⁵⁴ (Coordinador) “Límites a...” , *cit.*, p.140

⁵⁵ TEJEDOR BIELSA, J.C., «A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, Nueva Época, nº.12, 2014, p.6 (al mencionar el informe 37/2010 de la AEPD)

⁵⁶ DE OCAÑA LACAL, D., en su ponencia en el curso *El derecho constitucional de acceso a los registros y documentos en archivos, bibliotecas y museos*, organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza, marzo, 2015.

⁵⁷ Informe 61/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos: “En consecuencia, las personas fallecidas no son titulares del derecho a la protección de datos de carácter personal, por lo que las

III. PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1. SOLICITUD

Según el art.12 LTBG todas las personas tienen derecho de acceso, por lo tanto, todas pueden presentar la solicitud. El art.17 LTBG exige que se dirija al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información, y permite que se presente por cualquier medio que permita identificar al solicitante, la información que se solicita, una dirección de contacto y, en su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

Algunos autores⁵⁸ han destacado la no previsión por parte de la LTBG de solicitudes anónimas salvo cuando sea necesaria la identificación para tramitar la solicitud. Esta línea fue abierta por el art.4.2 Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos. Sería útil en casos por ejemplo en los que el solicitante teme una reacción negativa por haber una relación entre el solicitante y la autoridad que debe conceder la información.

A su vez, la redacción de la LTBG no prevé qué ocurre si a pesar de requerir al solicitante para que subsane la información, ésta sigue sin ser suficientemente identificable, mientras que el art.5.5 del Convenio establece que la petición puede ser rechazada en este caso. Se podría defender que si se tendrá por desistido al solicitante en caso de no subsanar la información cuando se le requiere, por analogía se le tendrá por desistido en caso de que no se logre identificar de forma adecuada la información.

Lo más relevante en cuanto a la solicitud reside en que no se exige al solicitante motivar su solicitud según el art.17.3 LTBG (correlativo al art.4.1 del Convenio del Consejo de Europa). Si expone las razones, podrán tenerse en cuenta cuando se dicta la resolución. En relación con esta posibilidad de incluir los motivos que llevan a solicitar

disposiciones de la Ley Orgánica 15/1999 no son de aplicación a sus datos”. Así también, resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 23 de mayo de 2006 y de 12 de junio de 2007.

⁵⁸ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014, p.14

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.271

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.221

la información, en el Proyecto de Ley se obligaba a que dicha motivación fuera tenida en cuenta a la hora de resolver la solicitud. Durante la tramitación parlamentaria de la ley se presentaron enmiendas de supresión de este apartado⁵⁹ por considerarse una barrera al derecho de acceso, quedando actualmente a discrecionalidad del órgano que resuelve el atender a dichas causas.

La ley prevé que si no se exponen las causas, este hecho no puede justificar únicamente el rechazo de la solicitud. Por ello, lleva a que uno se pregunte si la ausencia de motivación puede suponer, junto con otras razones, la denegación de la solicitud⁶⁰. Esto es incongruente con la idea de que el solicitante no esté obligado a motivarla, porque si no se le exige, no debería fundar el rechazo de la misma⁶¹.

Según MESEGUER⁶², este artículo podría producir que las causas que aduce el solicitante se tengan en cuenta a la hora de realizar el ejercicio de ponderación de los intereses concurrentes. Valorar las causas supone una amenaza, como señala BARRERO, porque las resoluciones no atienden a motivaciones de índole personal⁶³, sino a un juicio abstracto. Esta desnaturalización del derecho de acceso resulta coherente con el art.14.2 LTBG al mencionar a los intereses privados en la ponderación con el interés protegido por el límite. El único aspecto a ponderar con los límites en caso de conflicto debería ser el interés público de la sociedad de conocer la información, sin tener en cuenta los intereses privados de cada solicitante para no obligarles de facto a exponer sus motivos.

Además, hay que mencionar las causas de inadmisión de la solicitud, que suponen también restricciones al acceso de la misma forma que los límites pero sin que haya ejercicio de ponderación⁶⁴ y exigen también resolución motivada. Una de las causas es que las solicitudes se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general.

⁵⁹ Enmiendas número 19 y 153 del Grupo Mixto o 236 del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural en el Congreso y enmiendas número 3 del Grupo Mixto y 101 del Grupo Entesa Pel Progrés Catalán en el Senado

⁶⁰ FERNÁNDEZ RAMOS S., «El acceso...» *cit.*, p.270

⁶¹ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.15

BARRERO RODRÍGUEZ, C., «El derecho de...» *cit.*, p.223

⁶² MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.15

⁶³ BARRERO RODRÍGUEZ, C., «El derecho de...» *cit.*, p.222

⁶⁴ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.267

Es lógico que si la información se va a publicar, se inadmita la solicitud porque la información se proporcionará posteriormente, de la misma forma que la información que se está elaborando, que serían documentos inconclusos⁶⁵. En la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, en el art.13, se definen estos documentos como aquellos sobre los que la autoridad pública esté trabajando activamente. Por lo tanto, no están disponibles ahora, pero sí en un momento futuro.

Diferente es el supuesto en el que el procedimiento en el cual se inserta el documento está inconcluso, y el documento está terminado. En este caso, se debería dar acceso a la información (MESEGUER, BLANES, basándose en la STS de 29 de septiembre de 2011⁶⁶) porque la información está disponible, aunque el procedimiento no haya finalizado.

Se prevé también como causa de inadmisión de la solicitud que ésta se refiera a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas. Esta causa fue bastante debatida en la tramitación parlamentaria por considerarse que los informes internos son esenciales para la toma de decisiones y el control de la actuación de los poderes públicos⁶⁷.

En este sentido, el SÍNDIC DE GREUGES considera que es discutible excluir tanto los informes y documentos preparatorios como las comunicaciones internas puesto que

⁶⁵ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.17

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.268

BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.251

⁶⁶ “...no se puede confundir -como pretende la Administración recurrente- un “informe inconcluso”-es decir en fase de borrador, pendiente todavía por ejemplo de firma por su autor, o de su preceptiva conformidad por el jefe de la unidad técnica correspondiente- con un “expediente inconcluso” en el que figuran sucesivos informes -todos ellos “conclusos”- a los que se podrán ir añadiendo nuevos datos o resultados de distinto signo conforme avancen las distintas fases del procedimiento administrativo. En este segundo supuesto de “expediente inconcluso” o inacabado, porque todavía carece de resolución final de archivo, los documentos a él incorporados [...] son documentos evidentemente conclusos, aunque el procedimiento administrativo todavía no haya finalizado y no se excluya la posibilidad de que se emitan luego otros informes conforme a los nuevos datos que, en su caso, vayan apareciendo durante la ejecución del proyecto” (F.J.2)

⁶⁷ Enmiendas número 238 del Grupo Parlamentario Izquierda Plural o 471 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y enmiendas número 33 del Grupo Mixto y 102 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés Catalán en el Senado

constreñir el derecho al documento final supone una restricción injustificada del derecho⁶⁸.

El problema se encuentra en la definición de información auxiliar o de apoyo. Como dice BARRERO⁶⁹, es aquella que no tiene valor jurídico ni forma parte del procedimiento administrativo. Asimismo, el SÍNDIC DE GREUGES indica que es documentación que no es en sí misma una toma de decisión o un ejercicio de una actividad pública, sino actuaciones de apoyo o preparación del ejercicio de una función pública o de una toma de decisión⁷⁰.

Las comunicaciones internas encontrarían cobertura en el límite del art.14.1.k) LTBG, sin embargo los informes internos parece el supuesto más discutible⁷¹ porque forman parte de los expedientes. No obstante, al incluir la exigencia de que tengan carácter auxiliar, se puede entender que son aquellos que no se encuentran dentro de los expedientes.

Se inadmitirán también las solicitudes relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración. Como se ha indicado al hablar de la concreción del término “contenidos” esta causa de inadmisión es correlativa a la no exigencia de que la información conste en un documento concreto, sino que se deduzca de varios. Según el SÍNDIC DE GREUGES parece lógico dejar fuera del derecho la elaboración de información “a demanda”⁷² del solicitante, lo que también se ha determinado por la jurisprudencia⁷³. Como indican algunos autores⁷⁴, el término

⁶⁸ SÍNDIC DE GREUGES, «El derecho de acceso a la información pública», Informe extraordinario de marzo 2012, p.27

⁶⁹ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.210

⁷⁰ SÍNDIC DE GREUGES «El derecho...» *cit.*, p.27

⁷¹ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.210

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p. 269

MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.18

⁷² SÍNDIC DE GREUGES, «El derecho...» *cit.*, p.27

⁷³ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, 2 de junio de 2000: “Es de entender, no solo que asiste la razón a la Sentencia recurrida en cuanto a que ésta es en definitiva la pretensión que se mantiene, sino también y señaladamente que es cierto que ninguna norma legal o reglamentaria impone la obligación de que esa elaboración se lleve a cabo a partir de unos datos existentes en los archivos, siendo la citada elaboración cosa distinta y no coincidente de la expedición de certificados sobre extremos que constan en debida forma”

⁷⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.207

BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.249

Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 12 de febrero de 2013, nº.254, p.20., GUICHOT REINA, E., “El límite a las solicitudes de información va a girar en la interpretación que se le dé al concepto de reelaboración de la información como límite para su acceso.”

“reelaboración” debe interpretarse de forma restringida para que no se pueda inadmitir la solicitud en aras de evitar el trabajo de confeccionar la información, si esta tarea requiere de un esfuerzo cotidiano por parte del órgano competente.

Las solicitudes dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente serán inadmitidas. Se puede relacionar esta causa con lo establecido en el art.18.2 LTBG que señala que el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud. Esta obligación fue exigida por el Consejo de Estado en su Dictamen de julio de 2012 para evitar que se produjera un uso abusivo de esta causa de inadmisión⁷⁵.

Sin embargo, como señala BARRERO⁷⁶, para poder inadmitir por esta causa una solicitud, el órgano tiene que señalar qué órgano es competente, con lo cual no desconoce quién es, y no se daría esta causa. Estaríamos ante el supuesto del art.19.1 LTBG (en sede de tramitación) que señala que si la autoridad a quien se dirige la solicitud no posee la información la remitirá al competente. Además, comparto la opinión de BLANES⁷⁷ de que esta causa parece favorecer a la Administración, que solo tiene que indicar que desconoce quién es el competente, puesto que no se le exige diligencia para averiguarlo.

Es causa de inadmisión que las solicitudes sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley. Se asemeja al Convenio sobre el Acceso a los Documentos Públicos que recoge como causa de rechazo de las solicitudes el hecho de que sean manifiestamente irrazonables. La LTBG usa dos conceptos jurídicos indeterminados: manifiestamente repetitivas y carácter abusivo, lo que necesita de concreción.

⁷⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2012: “Ello podría, en hipótesis, llevar a un uso abusivo e injustificado de esta causa de inadmisión, cercenándose con ello el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido y trasladando además al ciudadano las consecuencias negativas que la complejidad organizativa de las Administraciones Públicas contemporáneas puede implicar. A fin de evitar este tipo de situaciones, debería añadirse a esta letra un inciso en cuya virtud se obligara en todo caso al órgano que acuerde la inadmisión a indicar en la resolución la instancia a la que, en su caso, a su juicio, podría dirigirse la solicitud.”

⁷⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.226

⁷⁷ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.239

BLANES⁷⁸ expresa que se ha de deducir de la intención del autor, de la finalidad que se persigue o de las circunstancias concurrentes a ponderar en cada caso. Esta causa podría relacionarse con la imposición que establecía el art.37.7 LRJAP de que el ciudadano ejerciese el derecho de forma que no se afectase a la eficacia del funcionamiento de los servicios públicos, porque si resulta repetitiva o abusiva interferirá en la actividad del órgano. Aunque, a diferencia de la LRJAP, la LTBG señala que habrá que motivar la inadmisión.

A diferencia de algunas leyes autonómicas como la aragonesa, la LTBG no ha regulado un plazo para decretar la inadmisión de la solicitud, lo que hubiese sido adecuado en aras de la seguridad jurídica para evitar la dilación del derecho.

El art.21.1 LTBG impone la obligación a las Administraciones Públicas de integrar la gestión de solicitudes en su organización interna, entonces, ¿quién debe conocer estas solicitudes?. Según el art.21.2 LTBG, para la Administración General del Estado se establece la obligación de crear unidades de información especializadas encargadas de recibir y dar tramitación a las solicitudes, realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes (lo cual, como señala FERNÁNDEZ RAMOS⁷⁹ no es coherente si son ellas mismas las que tienen que dar tramitación a las solicitudes), llevar un registro de éstas...

Para el resto de entidades, el art.21.3 LTBG determina que identificarán claramente el órgano competente para conocer de las solicitudes de acceso. La Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón prevé en su art.40 que en cada Departamento de la Administración de Aragón se creará una Unidad de Transparencia, bajo la dependencia orgánica de la secretaría general técnica, que será la encargada de tramitar las solicitudes de acceso a la información, recibiendo las solicitudes y realizando los trámites internos necesarios para dar acceso a la información solicitada y de realizar el seguimiento y control de la correcta tramitación de las solicitudes (por tanto, se puede hacer la misma crítica que a la Administración General del Estado).

⁷⁸ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p.261

⁷⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p. 280

2. TRAMITACIÓN

La exigencia de identificar de forma concreta la información que se solicita, que se ha venido utilizando por las autoridades públicas para rechazar las solicitudes⁸⁰, se ve rebajada en la LTBG al disponer en el art.19.2 LTBG que si la solicitud no identifica de forma suficiente la información, se le concede un plazo de 10 días al solicitante para que la concrete. Pero difiere del art.5.1 Convenio del Consejo de Europa que dispone que la autoridad pública ayudará al peticionario a identificar el documento oficial solicitado.

En cuanto a las solicitudes de información que afecten a terceros debidamente identificados, el apartado 3 del art.19 establece un plazo de 15 días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas y se le informará de este trámite y de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se haya recibido la respuesta o haya transcurrido el plazo de 15 días. Como indican algunos autores⁸¹, la ley no ha dotado de solución al caso de que tras el plazo de 15 días, se produzca silencio por parte del interesado. En mi opinión, debería preverse un silencio negativo, porque a *sensu contrario*, podría dictarse resolución en perjuicio del tercero por el simple desconocimiento de éste del plazo.

El apartado cuarto de este artículo se refiere a la información objeto de la solicitud que, obrando en poder del sujeto al que se dirige, ha sido elaborada en su integridad o parte principal por otro, previendo la remisión de la solicitud de acceso a la información a aquel que la ha generado. Este apartado ha sido criticado, porque puede suponer dilación del ejercicio del derecho⁸² y sorprende que no prime el principio de eficacia y celeridad de actuación de la Administración por el mero dato de quien la haya elaborado. Sin embargo, como señalan MESEGUER⁸³ y BARRERO⁸⁴, se puede justificar porque el que ha elaborado la información es el más apropiado para llevar a cabo la ponderación entre el interés de la divulgación y el interés protegido por alguno de los límites del art.14 y 15 LTBG, dado que es el que mejor la conoce.

⁸⁰ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p. 194

⁸¹ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.22

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p. 273

⁸² FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.274

⁸³ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.23

⁸⁴ BARRERO RODRÍGUEZ, C., «El derecho de...» *cit.*, p.219

3. RESOLUCIÓN

La ley prevé en el art.20.1 un plazo de un mes (ampliable por otro mes por volumen o complejidad) desde que el órgano competente para resolver recibe la solicitud, para que se notifique si se ha concedido o no el acceso al solicitante y a terceros afectados (pues no hay que olvidar que el art.19.3 LTBG se refiere a información que afecta a terceros debidamente identificados y si se trata de datos personales pueden haber dado el consentimiento del art.15). El Convenio solo dispone que las peticiones serán atendidas con prontitud, y se resolverán dentro de un periodo razonable de tiempo.

Han surgido diversas opiniones en torno a si las Comunidades Autónomas pueden fijar un plazo más breve ya que la LTBG tiene carácter básico y reducir el plazo supone una reforma a favor del interesado. Para algunos autores⁸⁵ no existe inconveniente, mientras que BARRERO indica que el plazo, al ser legislación básica por la disposición adicional 8ª, debe ser igual en todas las Comunidades Autónomas⁸⁶.

Si se deniega, se concede el acceso parcial o se concede el acceso con oposición de terceros debe motivarse la resolución (art.20.2 LTBG), motivación que también es obligatoria cuando se produce la inadmisión a trámite de la solicitud (art.18.1 LTBG) y además si la indicación de que la información existe supone vulneración de alguno de los límites al acceso, se indicará esta circunstancia al desestimarse la solicitud (art.20.3 LTBG).

Lo más destacable en este ámbito es la previsión del silencio negativo en caso de que transcurra el plazo sin que se haya dado respuesta a la solicitud (art.20.4 LTBG), siendo este aspecto de la ley muy controvertido durante la tramitación parlamentaria⁸⁷. Esta ha sido la opción adoptada por el Convenio sobre el Acceso de los Documentos

⁸⁵ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.276
(Coord)., «Transparencia...» *cit.*, p.50

⁸⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, C., «El derecho de...» *cit.*, p.234

⁸⁷ Algunas enmiendas solicitaban que se modificase por un silencio positivo, como por ejemplo la 159 y 202 del Grupo Mixto, la 245 del Grupo Parlamentario Izquierda Plural en el Congreso o enmiendas 39 del Grupo Mixto o 109 del Grupo Parlamentario Entesa Pel Progrés de Cataluña en el Senado, defendiendo que el art.43 de la LRJAP establece como norma general el silencio positivo

Públicos⁸⁸ y la preferida por el Consejo de Estado en su Dictamen de 19 de julio de 2012⁸⁹.

Hay opiniones a favor del silencio negativo: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁹⁰, PENDÁS⁹¹, BARRERO⁹² y GUICHOT⁹³. Se fundan principalmente en la necesaria protección de los derechos fundamentales que no pueden verse vulnerados por el transcurso del plazo, teniendo en cuenta la carga a la que están sometidas las Administraciones Públicas que produce que se den muchos supuestos de silencio administrativo.

Por otro lado, BALLESTEROS⁹⁴, el SÍNDIC DE GREUGES⁹⁵ y BLANES⁹⁶, hubiesen optado por un silencio positivo argumentando que la LTBG prevé como regla

⁸⁸ Art.8.1: “le ha sido denegado expresamente o implícitamente”

⁸⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 19 julio 2012: “Desde esta perspectiva, es evidente que el derecho reconocido en el artículo 105.b) de la Constitución y regulado más extensamente en la Ley proyectada puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos de carácter personal, así como el secreto profesional, la propiedad intelectual o la protección del medio ambiente, entre otros) que, en determinados supuestos, hayan de prevalecer sobre aquel. Siendo ello así, no cabe admitir la posibilidad de que, como consecuencia de la falta de resolución expresa en plazo de una solicitud de acceso, esos derechos puedan resultar vulnerados. La sola necesidad de protegerlos frente a la posibilidad de que puedan verse afectados o vulnerados como consecuencia de la estimación presunta de las solicitudes de acceso a la información pública justifica per se la regla del silencio negativo contenida en el precepto examinado”

⁹⁰ Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 12 de febrero de 2013, nº.254, p.44. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “El silencio administrativo positivo. Soy absolutamente contrario a la extensión del silencio positivo. La regulación del silencio se hace en Francia en 1900 y se hace con sentido negativo porque es para suplir la inexistencia de acto que impediría al ciudadano acudir a los tribunales, para eso se inventó el silencio. Excepcionalmente en aquellos casos de autorizaciones y aprobaciones en los que se supone que el sujeto tiene un derecho preexistente, en esos casos el silencio puede tener carácter positivo, pero nada más”

⁹¹ Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 17 de abril de 2013, nº.301, p.5. PENDÁS GARCÍA, B., “El silencio administrativo negativo es una pura ficción jurídica para permitir que se abran los procesos jurisdiccionales. El silencio positivo se estableció como regla en la Ley 30/92 y objetivamente hablando fue un fracaso, ya que en el año 1999 hubo que dar marcha atrás. En todo caso, insisto, el silencio sirve para abrir el cauce jurisdiccional y me parece que es perfectamente razonable en esta materia”

⁹² BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.233-234

⁹³ Diario de Sesiones (Congreso de los Diputados) de 12 de febrero de 2013, nº.254, p.34, GUICHOT REINA, E., “Sobre el silencio negativo, que han suscitado tanto el señor Baldoví como la señora Batet -y telegráficamente también porque no tengo más tiempo-, dicho de una forma muy rotunda, a mi juicio el silencio en esta materia solo puede ser negativo. No es casual que todas las leyes nacionales del mundo o no se pronuncien, dándolo por hecho y diciendo que lo que cabe es recurrir ante los tribunales en caso de denegación, o lo digan expresamente. Porque creo que como sociedad no estaríamos dispuestos a que la defensa, las relaciones exteriores o la intimidad de los ciudadanos en sus historiales clínicos, por el paso de un día en el plazo, estuvieran al descubierto de todos. Ese es mi pronunciamiento. En este caso sí me puedo pronunciar de forma rotunda: creo que hay que ir al silencio negativo”

⁹⁴ BALLESTEROS MOFFA, L.A., «La inactividad de la Administración frente al “derecho a saber” del ciudadano», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33,2014, p.23

⁹⁵ SÍNDIC DE GREUGES «El derecho...» *cit.*, p.29

general el acceso y que la denegación del mismo es la excepción, con lo que no resulta coherente la previsión de un silencio que no sea positivo. En mi opinión, un silencio estimatorio supondría una facilidad para el solicitante de la información mientras que los restantes intereses que se podrían ver vulnerados ya cuentan con una protección superior por los límites y el ejercicio de ponderación (especialmente, la protección de datos personales).

Cabría preguntarse si las Comunidades Autónomas pueden prever un silencio estimatorio en sus leyes de transparencia, como ocurre con la Ley de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón en su art.31, o por el contrario contraviene el carácter básico de la ley estatal.

No hay que olvidar, como señala BARRERO⁹⁷, que el silencio constituye un incumplimiento de la obligación de resolver impuesta por el art.42 LRJAP, y no puede ser la regla general de resolución de solicitudes. Por tanto, la previsión de un silencio positivo no conllevaría una magnificación del derecho, sino que habría que reforzar la obligación de que las Administraciones Públicas resuelvan expresamente para evitar que se den los supuestos de resolución presunta por transcurso del tiempo. En esta línea se ha redactado el art.20.6 LTBG que señala que cuando de forma reiterada se incumpla esta obligación, el órgano competente incurrirá en infracción grave del régimen disciplinario de esta misma ley.

En cuanto a la formalización del acceso, si se concede, se realizará preferentemente por vía electrónica (art.22.1 LTBG) lo que está en relación con el apartado 3 que dispone que si la información ya ha sido publicada, la resolución podrá limitarse a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella. Este artículo establece plazos para formalizar el acceso: en caso de que no pueda darse el acceso en el momento de la notificación de la resolución deberá otorgarse en un plazo máximo de 10 días y si hubiera existido oposición de tercero, el acceso tendrá lugar materialmente cuando haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información.

⁹⁶ BLANES CLIMENT, M.A., «La transparencia...» *cit.*, p. 207

⁹⁷ BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.234

Además, el acceso a la información es gratuito aunque las copias estarán sometidas a tasas o precios públicos. Como recuerda FERNÁNDEZ RAMOS⁹⁸, una vez obtenida la información, se somete a la LOPD como cualquier otra.

IV. IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La ley establece dos posibilidades para recurrir las resoluciones que deniegan el acceso a la información pública (bien expresamente o bien por silencio) en el art.20.5 LTBG. En primer lugar, la interposición de un recurso contencioso-administrativo y en segundo lugar, previo a éste, una reclamación potestativa (puede interponerla o no el solicitante) ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o ante la autoridad que designen las Comunidades Autónomas.

Se posibilita a las Comunidades Autónomas en la disposición adicional cuarta que designen un órgano independiente que conozca de las reclamaciones, o que atribuyan esta competencia al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, lo que supondría un ahorro de costes para ellas.

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se define en el art.33 LTBG como organismo público adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con autonomía e independencia (así también los art.1.1 y 2.2 del Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno). Está compuesto por un presidente y una comisión (art.35 LTBG) y el art.7 del Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno añade una Subdirección General de Reclamaciones y una Subdirección General de Transparencia y Buen Gobierno dependientes del Presidente.

Se discutió durante la tramitación parlamentaria si crear un organismo ad hoc o atribuirle las competencias en materia de transparencia y buen gobierno a un órgano ya existente, principalmente la AEPD. Comparto la opinión de SENDÍN al defender que la creación de este órgano fue un buen criterio⁹⁹, principalmente porque si se hubiese

⁹⁸ FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.283

⁹⁹ SENDÍN GARCÍA, M.A., «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33,2014, p.24

atribuido esta función a la AEPD podría prevalecer a menudo la protección de datos frente al acceso, en lugar de producirse una ponderación imparcial de los intereses concurrentes.

Una de sus competencias es conocer de las reclamaciones que se presenten en aplicación del art.24 de la LTBG (art.38.2.c LTBG). Respecto a la naturaleza de esta reclamación ante el Consejo de Transparencia, según el art.23.1 LTBG, es sustitutiva de los recursos administrativos conforme al art.107.2 LRJAP. Como hacen notar algunos autores¹⁰⁰, la LTBG no dispone expresamente que las resoluciones a las solicitudes de acceso agoten la vía administrativa, pero se deduce del art.20.5, que indica que son directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, como establece el art.25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el objeto del recurso contencioso-administrativo son los actos que ponen fin a la vía administrativa.

Si el interesado opta por interponer esta reclamación deberá obtener una resolución (expresa o presunta) sobre la misma para posteriormente acudir a la vía contenciosa como establece el art.116.2 LRJAP, ya que según el art.24.3 LTBG la tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la LRJAP.

No todas las resoluciones son objeto de esta reclamación potestativa. Como se indica en el art.23.2 de la ley, para los órganos previstos en el art.2.1.f LTBG¹⁰¹ se prevé la interposición del recurso contencioso-administrativo exclusivamente. En correlato a este artículo se enmarca la disposición adicional cuarta para las Comunidades Autónomas. Todas las demás resoluciones, incluidas las que provienen de entidades de naturaleza privada como las sociedades mercantiles, son objeto de reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y órganos autonómicos.

En cuanto a los sujetos del art.4 LTBG (personas físicas y jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas obligadas a suministrar

¹⁰⁰ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.30

BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.237-238

¹⁰¹ La Casa de Su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las Instituciones autonómicas análogas.

información a la Administración) la ley no hace una mención expresa sobre la reclamación, pero como entiende MESEGUER¹⁰², la solicitud de información debe resolverla la Administración a la que están vinculadas y por lo tanto, no se necesita esta referencia.

El plazo para interponer esta reclamación es de un mes desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente en que se produzcan los efectos del silencio administrativo (art.24.2 LTBG). Algunos autores critican este plazo único¹⁰³ al no distinguir entre resolución expresa y silencio, porque en la LRJAP en caso de desestimación presunta el plazo se amplía a 3 meses (arts.115.1 y 117.1 LRJAP).

Si la desestimación tiene su origen en la protección de derechos o intereses de terceros, se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia para que realicen las alegaciones que convengan (art.24.3 LTBG).

El plazo máximo para resolver y notificar esta reclamación será de tres meses, transcurrido el cual la reclamación se entenderá desestimada (art.24.4 LTBG). El art.43.1, segundo párrafo, de la LRJAP prevé un silencio negativo en procedimientos de impugnación de actos o disposiciones expresas, lo que concuerda con la previsión de la LTBG. No obstante, a continuación establece un silencio positivo en los procedimientos de impugnación contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud. Sin embargo, este artículo de *lege data* se refiere al recurso de alzada, mientras que esta reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno equivaldría al recurso de reposición y por lo tanto, se puede determinar que es correcto el establecimiento por la LTBG de un silencio desestimatorio.

Una vez el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno ha resuelto y notificado a los interesados, publicará la resolución previa disociación de los datos de carácter personal (art.24.5 LTBG).

¹⁰² MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.31

¹⁰³ MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento...» *cit.*, p.32
FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso...» *cit.*, p.287
BARRERO RODRÍGUEZ, C., “El derecho de...” *cit.*, p.242

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la Ley 19/2013 respecto de la publicidad pasiva, se puede señalar que existen aspectos que se pueden valorar positivamente y otros que son susceptibles de ser mejorados, sin desmerecer el hecho de que supone un avance frente a la normativa anterior como se ha ido observando a lo largo del trabajo.

En primer lugar, hay que mencionar que la ley establece un derecho de acceso de configuración legal distanciándose de las posiciones que lo consideran dentro del contenido del derecho a la libertad de información y de algunas normas internacionales, especialmente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta manera, aunque cumple con la dicción literal de la Constitución Española, se ha evitado que la ley se convirtiera en una ley más avanzada.

En cuanto a los sujetos, algunos solo deben cumplir las obligaciones de acceso de la ley respecto a sus funciones de derecho administrativo, quedando fuera las principales, como es el caso de las Cámaras Legislativas en lo relativo a su actividad legislativa. Con este sistema se ha logrado que cierta información que debe ser conocida para un correcto control a las instituciones públicas quede al margen del derecho de acceso.

Un aspecto que se puede destacar de la nueva regulación es haber ampliado el contenido del derecho, superando el acceso exclusivamente al documento y sin necesidad de que forme parte de un expediente, como se recogía anteriormente. Por su parte, el hecho de que no se deba motivar la solicitud podría haber supuesto un punto remarcable de la ley pero se ha desvirtuado al posibilitar que se valoren las causas cuando se resuelva la petición, obligando de facto al solicitante a exponer las razones que le llevan a solicitar la información.

Además, los límites que recoge la ley al derecho de acceso son lógicos y de interés público pero están expresados, como se ha visto, de una forma amplia e imprecisa. Por ello, necesitarán de interpretación jurisprudencial en un futuro. Hubiera sido conveniente que la ley mencionara expresamente que deben ser interpretados de una forma restrictiva, no obstante, establece que su aplicación será justificada y obliga a realizar un ejercicio de ponderación entre el límite y el acceso, reduciendo en cierta medida su extensión. Respecto a los mismos es reseñable que se recojan en una lista de *numerus clausus* para que no se puedan justificar más limitaciones al derecho por

razones de interés público, como sí establecía la antigua legislación construyendo en exceso el acceso.

El principal obstáculo al derecho sigue siendo el derecho a la protección de datos personales, pero esta ley ha logrado una mejor coordinación entre ambos derechos. Plasma la regulación de la Ley Orgánica de Protección de Datos pero evita la denegación sistemática del acceso al incorporar el método de la ponderación respecto a los datos no especialmente protegidos, aunque la dificultad reside en cómo valorar los intereses concurrentes. El legislador ha indicado algunas pautas para guiar a los órganos competentes para realizar esta ponderación, pero como se ha señalado en el punto correspondiente del trabajo, no gozan de precisión jurídica.

Respecto al procedimiento del ejercicio del derecho de acceso, como se ha podido observar, la regulación es lo suficientemente completa como para que pueda ser aplicada directamente en caso de que no haya legislación propia de las Comunidades Autónomas, suponiendo un acierto de la ley en aras de la seguridad jurídica.

Una de las claves del mismo es que el interesado deba identificar la información de forma suficiente en su solicitud. Este aspecto elimina la necesidad de la regulación de la ley 30/1992 de formular petición individualizada de los documentos, que permitía que en muchos casos se rechazasen las solicitudes por la dificultad que suponía esta exigencia para el ciudadano. El plazo previsto para la resolución es breve, lo que es favorable al solicitante, pero la previsión del silencio negativo va a suponer una restricción al acceso cuando ya existen límites para proteger los derechos que se podrían ver vulnerados por un silencio positivo. En vez de prever este silencio desestimatorio, se deberían haber desarrollado mecanismos para obligar a los órganos que deben resolver a dictar resolución expresa y reducir el número de casos en los que se produce el silencio.

Las resoluciones que se dictan finalizando el procedimiento pueden ser reclamadas en vía administrativa ante un órgano creado por la ley, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, lo que dará objetividad a la reclamación porque el encargado de la misma es un órgano independiente sin relación con el que ha resuelto la solicitud.

En términos globales, la ley mejora la regulación anterior en cuanto al derecho de acceso a la información aunque requiere de interpretación posterior de los tribunales y de aplicación por parte de los ciudadanos para que el ejercicio del derecho sea

plenamente eficaz. Sin embargo, se podría haber redactado una ley más vanguardista considerando el derecho de acceso implícito en el derecho a la libertad de información, facilitando mediante criterios claros la ponderación entre los límites y el derecho para que el juicio a realizar fuera imparcial y previendo el silencio estimatorio en caso de transcurso del plazo sin resolución expresa.

ANEXO. TABLA COMPARATIVA ENTRE LA REGULACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN Y LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO RESPECTO AL DERECHO DE ACCESO

TABLA COMPARATIVA ENTRE LA LRJAP Y LA LTBG ¹⁰⁴	
LRJAP	LTBG
La petición de información debe ser individualizada, es decir, debe identificarse un documento concreto	No es requisito identificar un documento concreto, sino de forma suficiente la información que se solicita
Si no se individualizaba la información, discrecionalidad de la Administración para atender la solicitud	Si no se identifica de forma suficiente, no hay discrecionalidad de la Administración para actuar, sino que debe pedir al solicitante que concrete la información en un plazo de 10 días
Acceso a los “documentos” que formen parte de un expediente, obren en los archivos administrativos y correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud	Acceso a la información que se solicite, esté o no reflejada en un documento y sin necesidad de que formen parte de un expediente
Los titulares del derecho son los ciudadanos	Los titulares del derecho son todas las personas
Prevé en el art.35.c) el derecho de todo interesado a obtener una copia sellada de los documentos que presenten como acreditación de su entrada en la Administración	No prevé expresamente que la Administración tenga que entregar una copia sellada de la solicitud de acceso a la información
El plazo para resolver la solicitud es de 3 meses (art.37 no contempla plazo, supletoriamente art.42.3 LRJAP)	El plazo para resolver la solicitud es de 1 mes
Se establece el silencio positivo por ser la regla general (no se encaja en ninguna de las excepciones del art.43.2)	La ley determina el silencio negativo
Se refiere a documentos de carácter “nominativo” acceso por su titular o por terceros que acrediten interés legítimo.	No existen ya los documentos de carácter nominativo, datos especialmente protegidos (consentimiento) y si no contiene datos especialmente protegidos: no necesidad de motivación que acredite

¹⁰⁴ De elaboración propia

	interés legítimo
Prevé una serie de excepciones: información sobre las actuaciones del Gobierno o de las Comunidades Autónomas en relación con sus competencias constitucionales o administrativas, defensa nacional, seguridad del Estado, investigación de delitos, secreto comercial o industrial, política monetaria	Habla de límites, en vez de excepciones. Se elimina el límite de los actos del gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas. Se añaden las relaciones exteriores, la investigación de los ilícitos administrativos, la igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, los intereses económicos y comerciales, la política económica, la propiedad intelectual, la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión y la protección del medio ambiente
Recoge en el art.37.4 una cláusula general que permitía denegar el acceso siempre que hubiese un interés público	Incorpora un sistema de lista cerrada respecto a los límites.
No hace mención expresa sobre si el acceso a la información es gratuito.	Se determina que el derecho de acceso a la información es gratuito
No se refiere al principio de proporcionalidad o ponderación entre derecho de acceso y otros intereses públicos y privados	La aplicación de los límites será proporcionada a su objeto y finalidad de protección
El acceso es en papel	Se da la posibilidad de elegir el medio de acceso, y si no se indica será preferiblemente por vía telemática
No integra la ley de protección de datos expresamente ni trata de “datos especialmente protegidos”	Se combinan la ley de protección de datos y la ley de transparencia
Si la solicitud no contiene todos los requisitos, el art.71 LRJAP dispone que se requerirá al interesado para que lo subsane y si no lo hiciera se le tendrá por desistido, y mientras se subsana, el plazo para resolver <u>podrá</u> suspenderse (art.42.5.a)	Si la solicitud no contiene todos los requisitos para identificar la información, se concede un plazo de 10 días para que lo concrete, y si no se le tendrá por desistido y durante ese plazo de subsanación <u>se suspenderá</u> el plazo para resolver
No prevé nada en cuanto al acceso parcial a los documentos	Posibilita el acceso parcial a la información mientras se mantenga el sentido de la misma

BIBLIOGRAFÍA

ARES GONZÁLEZ, V., «Los ámbitos subjetivo y objetivo de la transparencia de la actividad pública», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

BALLESTEROS MOFFA, L.A., «La inactividad de la Administración frente al “derecho a saber” del ciudadano», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

BARRERO RODRÍGUEZ, C., «La Disposición Adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº158, 2013.

BLANES CLIMENT, M.A., *La transparencia informativa de las Administraciones Públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*. Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, 2014.

BLANES CLIMENT, M.A., «Sin transparencia no hay democracia», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº.8, 2014.

BLASCO DÍAZ, J.L., «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa» en *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, García Macho, Ricardo (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ CUESTA, F., «Al servicio de la transparencia. El papel de los archiveros y la gestión documental en el acceso a la información pública», en *Métodos de información* (MEI), II Época, Vol. 3, nº5, 2012.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., «El acceso a la información en el proyecto de ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno» monografía en *Revista Aragonesa de Administración Pública XIV*, Zaragoza, 2013.

GALLARDO CASTILLO, M.J., «Transparencia, poder público y derecho a la información», en *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, nº.8, 2014.

GÓMEZ DE LA SERNA, P.R., «La “Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno” y la responsabilidad en la acción pública», en *Participación Educativa, Revista del Consejo Escolar del Estado, Transparencia y mejora de la educación*, Segunda Época, vol.2, nº.3, 2013.

GUICHOT REINA, E., (coord.), BARRERO RODRÍGUEZ, C., DESCALZO GONZÁLEZ, A., HORGUÉ BAENA, C., PALOMAR OLMEDA, A., “Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”, Tecnos, Madrid, 2014

LOZANO CUTANDA, B., «Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno » en *Gómez-Acebo & Pombo, noticias breves*, 2012.

MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

MORETÓN TOQUERO, A., «Los límites del derecho de acceso a la información pública» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

PIÑAR MAÑAS, J.L., «Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *Revista Catalana de Dret Públic*, nº.49, 2014.

RAMS RAMOS, L., «La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental» en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº160, 2013.

REY MARTÍNEZ, F., «Quod omnes tangit ab ómnibus cognitum esse debet: El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

RIDAO MARTÍN, J., «Las recientes medidas para la transparencia y la probidad del sistema político y administrativo español. Alcance y valoración», en *Estudios de Deusto*, vol.62/1, 2014.

ROLLNERT LIERN, G., «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia», en *Archivos UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, nº.34, 2014.

SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., «El día después de la ley de transparencia» en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

SENDÍN GARCÍA, M.A., «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº.33, 2014.

TEJEDOR BIELSA, J.C., «A la búsqueda del equilibrio entre transparencia administrativa y protección de datos. Primeros desarrollos en el ámbito municipal» en *Gestión y análisis de políticas públicas*, Nueva Época, nº.12, 2014.

VERA BACETA, M.A., «Ley de Transparencia: la apertura de datos en entidades externas a la Administración Pública», *Cuadernos de Gestión de Información*, nº4, 2014.

OTROS DOCUMENTOS

Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Núm. A-19-1 de 07/09/2012, Iniciativa, Núm. A-19-3 de 02/07/2013, Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, Núm. A-19-7 de 18/09/2013, Aprobación por el Pleno Núm. A-19-9 de 05/12/2013, Aprobación definitiva.

Boletín Oficial del Senado, Núm. 236_1765 (Apartado I) de 20/09/2013, Texto remitido por el Congreso de los Diputados, Núm. 248_1779 (Apartado I) de 11/10/2013, Enmiendas (Senado) Núm. 248_1820 (Apartado I) de 11/10/2013, Índice de enmiendas.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 12 de febrero de 2013, nº301, y de 17 de abril de 2013, nº254.

Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2012, nº de expediente 707/2012, Ministerio de la Presidencia, BOE, Documento CE-D-2012-707, recuperado el 03/02/2015.

Informe 61/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos, www.agpd.es, recuperado el 24/03/2015.

Ponencias de DE OCAÑA LACAL, D., y FERNÁNDEZ RAMOS, S., en el curso *El derecho constitucional de acceso a los registros y documentos en archivos, bibliotecas y museos*, organizado por el Instituto Aragonés de Administración Pública, Zaragoza, marzo, 2015.

Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos de 23 de mayo de 2006, recaída en el procedimiento E/779/2005 y de 12 de junio de 2007, dictada en el expediente E/344/2006, www.agpd.es, recuperados el 24/03/2015.

SÁNCHEZ DE DIEGO Y FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., «El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental en la Sociedad de la Información», II jornadas sobre Acceso a los Documentos Públicos y Oficiales organizadas por Archiveros Españoles en la Función Pública, Facultad de Ciencias de la Documentación, 24 de marzo de 2010, recuperado el 23/02/2015.

SÍNDIC DE GREUGES., “El derecho de acceso a la información pública”, Informe extraordinario, marzo, 2012, www.sindic.cat, recuperado el 08/02/2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias del Tribunal Constitucional 161/1988, de 20 de septiembre (recurso de amparo 162/1987), 254/1993, de 20 de julio (recurso de amparo 1.827/1990), 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, (recurso de inconstitucionalidad 1463-2000), <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/>.

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Társaság a Szabadságjogokért vs. Hungría de 14 de abril de 2009, no. 37374/05, caso Kenedi c. Hungría de 26 de mayo de 2009 no. 31475/05, y caso Youth Initiative for Human Rights v. Serbia de 25 de junio de 2013 no.48135/06, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#>.

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea asunto Consejo/Hautala, C-353/99 P, de 6 de diciembre de 2001, asunto Scippacercola/Comisión, T-187/03, de 17 de marzo de 2005, <http://curia.europa.eu/juris/recherche>.

Sentencias del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 29 de mayo de 2012 (ID CENDOJ: 28079130062012100446), Sala 3ª, Sección 6ª, de 30 de marzo de 1999 (ID CENDOJ: 28079130061999100242), Sala 3ª, Sección 7ª, de 19 de mayo de 2003 (ID CENDOJ: 28079130072003100450), Sala de lo penal, Sección 1ª, de 9 de abril de 2007 (ID CENDOJ: 28079120012007100385), Sala de lo penal, Sección 1ª, de 13 de septiembre de 2002 (ID CENDOJ: 28079120012002102787), y Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 29 de septiembre de 2011 (ID CENDOJ: 28079130052011100542).

NORMATIVA UTILIZADA

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre de 2000.

Constitución Española de 1978.

Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos, Tromsø, de 18 de junio de 2009.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 4 de noviembre de 1950.

Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales.

Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966.

Real Decreto 1708/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece el Sistema Español de Archivos y se regula el Sistema de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso.

Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.